

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

LEILIANE DIAS CABRAL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

LEILIANE DIAS CABRAL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora Me Simone Maria G. de Oliveira Ulian.

**CACOAL – RO
2016**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS

LEILIANE DIAS CABRAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora Kaomi de Souza Oliveira Cavalli - UNIR - Presidente

Professora Me Simone Maria Gonçalves de Oliveira Ulian - UNIR - Membro

Professor Telmo de Moura Passareli- UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, 25 de fevereiro de 2016.

Dedico este trabalho aos meus pais Airton e Luzia, aos meus irmãos Leidiane, Vanessa, Luana e Luan, e ao meu namorado Luiz Wagner, pelo carinho e apoio ao longo de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais Luzia e Airton pelo cuidado e carinho, na minha criação, além do incentivo para que eu estudasse e realizasse todos os meus sonhos.

As minhas irmãs Leidiane, Luana e Vanessa e ao meu irmão Luan pelas agradáveis lembranças da infância e pelo apoio e torcida nos meus projetos de vida.

Ao meu companheiro Luiz Wagner pelo apoio e paciência neste projeto, sempre com palavras de carinho e incentivo até nos momentos mais difíceis.

A minha orientadora, Professora Me Kaomi de Souza Oliveira Cavalli, pela paciência e disponibilidade na execução deste trabalho.

A todos os demais Professores do departamento do Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia pelas aulas ministradas ao longo de todo o período de graduação.

Aos demais familiares, amigos e colegas de turma que sempre acreditaram na minha capacidade e me apoiaram nesta caminhada.

“Qual seria a sua idade se você não soubesse quantos anos você tem?”.

(Confúcio)

“Não é razoável que tantos esforços sejam feitos para prolongar a vida humana, se não forem dadas condições adequadas para vivê-la.”.

(Marcelo Salgado)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo abordar a constitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens as pessoas maiores de setenta anos e previsto no art. 1.641, inciso II, do atual Código Civil. Para tanto, vislumbrou-se estudar inicialmente as características da população idosa dentro da sociedade brasileira e os dispositivos legais que protegem essa parcela da população, previstos tanto na Constituição Federal como no Estatuto do idoso. A seguir foi realizado um estudo acerca do instituto do casamento e de seus efeitos patrimoniais, com a exposição das principais características de cada um dos regimes de bens existentes. Foram analisados os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade como parâmetros para a aferição da constitucionalidade do dispositivo em comento, além da conceituação da incapacidade dentro do Direito e suas hipóteses de incidência. Também buscou-se verificar o posicionamento da doutrina, do Poder Judiciário e do Poder Legislativo acerca da aplicação e validade do regime de separação obrigatória de bens imposta aos maiores de setenta anos. Ao final, os parâmetros estudados foram relacionados com o art. 1.641, inciso II, do CC/2002 visando verificar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade desse dispositivo. Por fim, foi utilizado o método de pesquisa dedutivo alinhado com o método de interpretação teleológico, além da utilização da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Idoso. Casamento. Regime de bens. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to verify the constitutionality of imposing a compulsory separation of property regime people over seventy years and provided for in art. 1641, section II, the current Civil Code. Therefore, we initially envisioned to study the characteristics of the elderly population within Brazilian society and the legal provisions that protect this population, provided both the Federal Constitution and the Statute of the elderly. Following a study was conducted about marriage institute and its balance sheet effects, with exposure of the main features of each of the existing property regimes. The principles of human dignity were analyzed, freedom and equality as parameters for gauging the device's constitutionality under discussion, beyond the concept of disability within the law and their chances of incidence. Also sought to verify the positioning of the doctrine, the Judiciary and the Legislature on the implementation and validity of the compulsory separation of property regime imposed over seventy years. Finally, the parameters studied were related to the art. 1641, II, in order to verify the constitutionality of this provision. Finally, we used the deductive research method in line with the teleological interpretation method, besides the use of the technical literature.

Keywords: Old man. Marriage. Property regime. Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O IDOSO NA SOCIEDADE E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	12
1.1 ASPECTOS GERAIS DA POPULAÇÃO IDOSA	12
1.1.1 Participação efetiva do idoso na sociedade	13
1.2 DIREITOS ASSEGURADOS ÀS PESSOAS IDOSAS	14
1.2.1 Na Constituição Federal de 1988	15
1.2.2 No Estatuto do Idoso	16
1.3 O CASAMENTO E O REGIME DE BENS	17
1.3.1 Conceito e princípios	17
1.3.2 Modalidades de regime de bens	21
1.3.3 Regime de separação obrigatória de bens	25
2 PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	28
2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	28
2.1.1 Igualdade formal	31
2.1.2 Igualdade material	32
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE	37
2.4 A INCAPACIDADE NO DIREITO CIVIL	38
3 ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CC/2002 NAS SEARAS DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA.....	42
3.1 ÂMBITO LEGISLATIVO	42
3.2 ÂMBITO DOUTRINÁRIO.....	46
3.2.1 Posição majoritária.....	46
3.2.2 Posição minoritária.....	48
3.3 ÂMBITO JURISPRUDENCIAL	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS.....	59
OBRAS CONSULTADAS	64

Cabral, Leiliane Dias.

C117i A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos./ Leiliane Dias Cabral – Cacoal/RO: UNIR, 2015. 64 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Profa. Ma. Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli.

1. Direito civil. 2. Idoso. 3. Casamento. 4. Regime de bens. I. Cavalli, Kaiomi de Souza Oliveira. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 347

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos –
CRB11/753

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde a feitura dos primeiros atos para a criação da norma até sua posterior aplicação no caso concreto. Por essa razão, uma Lei editada sem a observância das regras e princípios esculpidos na Carta Maior deve ser declarada inconstitucional por meio do controle difuso ou concentrado.

Dentro desse contexto, o presente trabalho tratará do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que será obrigatório o regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos. O mencionado dispositivo será estudado desde sua criação, ainda no Código Civil de 1916, buscando identificar as razões do legislador na criação dessa norma e sua compatibilidade com os preceitos da atual Constituição.

Assim, antes de delimitar as características de cada capítulo, cabe destacar a importância do Direito de Família dentro do ordenamento e para toda a sociedade. Considerado um ramo do Direito privado, as normas atinentes à regulamentação das relações familiares trazem em seu bojo características eminentemente do Direito público, pois suas implicações atingem de sobremaneira toda a coletividade. Contudo não deve o Estado intervir na organização familiar de forma a mitigar a liberdade de seus membros, sem que haja a real necessidade e o mínimo de prejuízo a estes.

Essa liberdade dos indivíduos para organizar um grupo familiar, em algumas situações consideradas de interesse público, é limitada pela lei, como, por exemplo, pelo disposto no artigo 1.641. Nesse íterim, será analisado se esse dispositivo respeita o indivíduo enquanto ser humano e a própria entidade familiar. Da mesma forma, analisar-se-á a necessidade de sua manutenção, além de sua compatibilidade, tanto com a Constituição federal como com o próprio Código Civil.

No primeiro capítulo serão expostas breves considerações acerca da pessoa do idoso dentro da sociedade brasileira, com a demonstração de dados estatísticos da população e das projeções para os próximos anos. A participação efetiva dessa parcela da população dentro da sociedade também será analisada, assim como os direitos assegurados aos idosos pela Constituição Federal e pelo recente Estatuto do Idoso.

Essa análise inicial terá como objetivo estudar o destinatário do art. 1641, inciso II, do CC/2002 e demonstrar a relevância do tema, uma vez que essa norma traz implicações na vida diária de milhares de brasileiros. Já na última parte do primeiro capítulo será estudado o instituto do casamento e os efeitos patrimoniais dele decorrentes que serão regulados pelo regime de bens escolhido pelos pares. Assim, será feita uma breve exposição de cada um dos regimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando as principais implicações de cada um deles, porém com ênfase no regime de separação obrigatória de bens, objeto desse trabalho.

No segundo capítulo serão analisados os princípios apontados pela doutrina, pela jurisprudência e pelo próprio legislador como parâmetros para se questionar a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, imposto aos casamentos de pessoas maiores de setenta anos. Nesta senda, serão analisadas as principais características dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana além das hipóteses de incapacidade trazidas pelo Código Civil, para que no capítulo posterior possam ser compreendidos os argumentos contrários e favoráveis à manutenção do mencionado dispositivo no ordenamento jurídico.

Já no terceiro e último capítulo abordar-se-á os posicionamentos da doutrina, da jurisprudência pátria e do legislador acerca da constitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, de acordo com os parâmetros mencionados no capítulo segundo desse trabalho. Nesse contexto, serão colacionadas passagens doutrinárias favoráveis e contrárias a este dispositivo, emendas de julgados dos Tribunais Superiores e vários Projetos de Lei de iniciativa do Poder Legislativo, visando concluir pela constitucionalidade ou não do regime de separação obrigatória de bens aos qual podem ser submetidos os nubentes septuagenários.

Por fim, cabe mencionar que para a realização dos objetivos acima mencionados será utilizado o método de pesquisa expositivo, o qual se coaduna com a proposta desse trabalho.

1 O IDOSO NA SOCIEDADE E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

1.1 ASPECTOS GERAIS DA POPULAÇÃO IDOSA

O art. 1641, II, do Código Civil de 2002, ainda em vigor, dispõe que as pessoas maiores de 70 anos que contraírem matrimônio, deverão adotar unicamente o regime de separação obrigatória de bens. Sendo assim, para a melhor compreensão acerca da constitucionalidade dessa norma se faz necessário em primeiro momento uma análise acerca do seu destinatário - a pessoa maior de setenta anos - dentro da sociedade brasileira e dos instrumentos legais voltados para essa parcela da população.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2015) informa que a população idosa apresentou índices de crescimento significativos nas últimas décadas. Hoje, o número de indivíduos com idade igual ou superior a setenta anos corresponde a aproximadamente 10 milhões de pessoas, ou seja, 5% da população brasileira. Ainda segundo o próprio IBGE, as projeções indicam que nos próximos quinze anos esse número será duas vezes maior.

Cabe ressaltar que o crescimento do número de pessoas nessa faixa etária é resultado de vários fatores, dentre eles a redução das taxas de natalidade e do aumento da expectativa de vida. Nesse cenário, a medicina contribuiu de maneira significativa, possibilitando o surgimento de vários meios contraceptivos e consequentemente a redução do número de pessoas mais jovens em relação aos mais velhos.

Além disso, a medicina também avançou não só na prevenção, como também no combate efetivo das doenças o que possibilitou que as pessoas vivessem mais e melhor. Paralelamente a esse avanço, a tecnologia tornou a rotina do ser humano mesmo degradante, com o surgimento de instrumentos que substituem o trabalho mecânico e o consequente desgaste físico.

Todos esses fatores fazem com que hoje a média de expectativa de vida dos brasileiros seja de aproximadamente setenta e cinco anos, e para as mulheres é ainda maior, oitenta e um anos. Ainda segundo pesquisas realizadas pelo IBGE (2015) o Brasil será o sexto país com a população mais velha do mundo já no ano de 2027.

1.1.1 Participação efetiva do idoso na sociedade

No âmbito social, as pesquisas recentes apontam que o aumento da expectativa de vida do brasileiro está acompanhado de uma atuação mais incisiva dos idosos na sociedade. Influenciados por fatores de ordem econômica e/ou emocional, o certo é que as pessoas maiores de 60 anos buscam a cada dia participar de alguma atividade e sentir-se um membro atuante. Essa mudança pode ser visualizada através de sua atuação no mercado de trabalho, na condição de provedores de chefes de família, como consumidores atuantes e como pessoas capazes de constituir novas famílias e ter uma vida sexual ativa.

A pesquisa intitulada “Longevidade: a perspectiva da longevidade e o impacto na sociedade”¹, conduzida pela Zhuo Consultoria e Giacometti Comunicação apontam que 14% dos brasileiros com mais de 70 anos continuam trabalhando ativamente. Os entrevistados afirmam que após certa idade sentem a necessidade de se reinventarem e o mercado de trabalho é um local que possibilita que isso aconteça.

Ao lado da satisfação pessoal, outro importante fator que contribui para a permanência ou o retorno dos idosos ao mercado de trabalho é a necessidade de ajudar ou até mesmo prover toda uma família. Com a saída cada vez mais tardia dos filhos da residência dos pais, o dever de prover a subsistência deles e ajudar na formação, faz com que os pais busquem uma complementação da renda e por consequência não saiam do mercado de trabalho.

Já na área do consumo, um estudo realizado pelo Banco Mundial intitulado “Envelhecendo em um Brasil mais velho”² e publicado no ano de 2011 aponta que os idosos brasileiros são responsáveis por 20% do consumo do país. A indústria direciona seu interesse para essa parcela da população que necessita de produtos especiais como remédios, alimentos, cuidados médicos e condições especiais para viajar. Nesse último segmento, a indústria de viagens se prepara para atender essas

¹ Longevidade: a perspectiva da longevidade e o impacto na sociedade. Disponível em: <<http://www.bandab.com.br/jornalismo/pesquisa-revela-que-14-dos-brasileiros-com-mais-de-70-anos-continuam-trabalhando/>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

² Envelhecendo em um país mais velho. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

peessoas que já possuem uma estabilidade financeira e buscam aproveitar o tempo viajando e conhecendo novos lugares.

Por fim, mudanças significativas também são sentidas no âmbito familiar, com separações e uniões mais frequentemente. O aumento da expectativa de vida despertou nos idosos sonhos e o desejo de os realizarem, não sendo o limite de idade um empecilho para uma vida amorosa e sexual, sendo este um dos fundamentos deste estudo.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2014) mostra que o número de matrimônios nesta faixa etária aumentou consideravelmente entre os anos de 2003 a 2013. Entre os homens, a taxa de casamento aumentou de 10,4% para 19,4% e entre as mulheres a elevação foi de 7,1% para 13,3%.

1.2 DIREITOS ASSEGURADOS ÀS PESSOAS IDOSAS

A legislação protetiva dos direitos dos idosos é recente no Brasil, pois antes da promulgação da Constituição federal de 1988 poucos instrumentos foram criados pelo Estado no intuito de resguardar os direitos dessas pessoas. Além disso, as medidas que existiam não concediam direitos aos idosos em virtude da condição de velhice, mas sim como retribuição por um trabalho prestado.

Segundo Faleiros (2008) as constituições anteriores a Carta Magna de 1988 pouco previam em relação aos direitos dos idosos, sendo que no período Getulista a responsabilidade do Estado era considerada residual, somente vindo a intervir quando a família e as instituições filantrópicas falhassem no seu dever. Já em relação à Constituição de 1934, está somente considerava velho aquele que se tornava improdutivo e somente este tinha direito ao amparo estatal.

O mesmo autor afirma que a Constituição de 1946 continuou seguindo o modelo familiar e filantrópico da Carta anterior quanto aos deveres do Estado, o qual não abordava os direitos dos idosos que trabalhavam no campo e somente em 1962 os idosos conseguiram uma aposentadoria por tempo de serviço, independentemente da idade. Contudo, foi no bojo da Constituição de 1967 que surgiu a previdência social nos casos de velhice, garantindo assistência social, pensões e benefícios para aqueles que contribuíssem.

Sobre a transição da previdência privada para a responsabilidade do poder público, assevera Faleiros (2008) que:

Quando a velhice passa de uma questão filantrópica e privada para a esfera pública a perspectiva dominante de sua inclusão em direitos é por meio da incorporação do direito do trabalhador e não por meio do direito da pessoa envelhecida.

Foi somente na década de 70 que o Governo Federal criou benefícios não contributivos para idosos carentes e aposentadorias rurais além de rendas mensais vitalícias para trabalhadores urbanos ou rurais. Essas foram as primeiras políticas visando a proteção ao idoso necessitado no Brasil (OTTONI, 2012).

Todos esses direitos somente foram efetivados com a promulgação da CF/1988 que garantiu proteção aos idosos em diversas áreas, como na saúde, previdência e cultura e posteriormente com a edição o Estatuto do Idoso, como será demonstrado a seguir.

1.2.1 Na Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco decisivo para garantir e efetivar os direitos dos idosos, pois trouxe em seu bojo disposições expressas que incluem a pessoa idosa como titular de direitos e digna de proteção, em virtude das peculiares que traz a velhice.

Assim, em diversas passagens da Carta Maior é possível visualizar a intenção do legislador em proteger e ao mesmo tempo integrar a pessoa idosa na sociedade, rompendo com o preconceito e o descaso que imperavam na época. Além disso, traz normas protetivas para os idosos visando combater a pobreza, com a instituição da seguridade social e criação de regras rígidas para a concessão de aposentadoria.

Segundo Alvarenga e Witzel (2013), a CF/1988 possui normas genéricas de proteção como aquelas dispostas nos artigos 1º, III, o qual fundamenta a doutrina do melhor interesse do idoso visando garantir-lhe sua dignidade, e no artigo 3º, IV, que veda qualquer tipo de discriminação em razão da idade.

Além disso, as autoras citam os artigos 229º e 230º como normas específicas dos direitos dos idosos. O primeiro dispositivo dispõe que cabem aos filhos maiores darem assistência aos pais na velhice e o segundo artigo define como responsabilidade da família e da sociedade o dever de amparar as pessoas idosas

em todas as suas necessidades, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida plena e com possibilidades de realizações.

No mesmo sentido, ao tratar sobre o direito à liberdade, à igualdade à cidadania assegurados aos idosos na Constituição federal, assevera Braga (*apud* CIELO; VAZ, 2009, p. 34).

Quando apresenta todos os direitos garantidos pela Constituição, a mesma autora acima citada destaca que, quando se trata do idoso, o direito à vida engloba não apenas longevidade, mas ao envelhecimento com dignidade, respeito, proteção e inserção social. No que se refere ao direito à liberdade, deve ser ele propiciado ao idoso por meio de providências reais por parte do Estado e da sociedade, principalmente a independência familiar e social, através de prestações previdenciárias e assistenciais eficazes. Já o direito à igualdade, deve resguardar aos idosos as mesmas condições das demais pessoas, que vivem em sociedade. Quanto ao direito à cidadania, sua importância está em possibilitar ao idoso conservar a capacidade de analisar e compreender a realidade política e social, criticá-la e atuar sobre ela.

1.2.2 No Estatuto do Idoso

A Lei 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, foi publicada no ano de 2003, sendo fruto da junção de diversos instrumentos legislativos esparsos na busca pela dignidade para a pessoa idosa. Além de definir seu destinatário, o Estatuto estabelece mecanismos para fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento.

Para Braga (2005) o Estatuto é um marco importante e uma conquista da sociedade sendo que sua maior contribuição é a publicidade dada à causa do envelhecimento. Acredita que a sociedade começa a perceber o quanto é envelhecida e a considerar os números divulgados pelos institutos de pesquisa. Da mesma forma, o Estatuto se reveste como um instrumento de autoestima capaz de fortalecer toda uma classe de brasileiros e inseri-los como cidadãos ativos na sociedade.

Os princípios que valorizam a pessoa humana e que são consagrados pela Constituição Federal de 1988 estão expressamente previstos no texto do artigo 2º do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), tais como a liberdade e a integridade física e a integridade moral.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Já o artigo 10º do mesmo diploma dispõe que é obrigação do Estado e de toda a sociedade assegurar à pessoa idosa o respeito à dignidade humana e a liberdade, enquanto pessoa humana e sujeito de direitos. No seu parágrafo segundo, traz ainda o direito ao respeito, que consiste *na* “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.”.

Todos esses dispositivos legais buscam garantir ao indivíduo idoso – definido pelo Estatuto como a pessoa maior de 60 anos – todos os direitos assegurados aos demais, sem distinção em virtude da idade, ressalvados os casos necessários em virtude das peculiaridades dessa fase da vida. Assim, o simples fato de envelhecer não deve ser visto como fator de exclusão de direitos.

No tópico seguinte serão delineados os contornos do casamento e do instituto do regime de bens, com o intuito de analisar o casamento contraído por pessoa maior de 70 anos.

1.3 O CASAMENTO E O REGIME DE BENS

1.3.1 Conceito e princípios

A formação de uma entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro pode ocorrer de diversas maneiras, contudo a mais tradicional é aquela que se origina por meio do casamento. Este, na visão de Filho e Gagliano (2014), tem natureza jurídica de contrato, sendo uma modalidade especial do Direito de Família. Como todo contrato, seu núcleo é o consentimento das partes o qual é capaz de constituir o casamento no plano jurídico existencial fazendo com que a manifestação da autoridade seja um ato meramente declaratório da vontade das partes.

Tartuce (2014) também afirma que o casamento é um contrato especial, pois seu objetivo não é essencialmente patrimonial como nos contratos puros. Possui

regras próprias de constituição e respeita princípios que não são encontrados no campo contratual, como o da monogamia, da liberdade de escolha e da comunhão plena de vida.

Já no tange ao conceito de casamento, vários são aqueles trazidos pela doutrina pátria. Filho e Gagliano (2014) definem o casamento como um contrato especial do Direito de Família, pelo qual duas pessoas formam uma comunidade de existência e afeto, por meio do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos, possibilitando dessa forma a realização de sonhos e projetos de vida.

Para Lobo (2011, p. 99):

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. “[...]”. A liberdade matrimonial é um direito fundamental, apenas limitado hipóteses de impedimento, como o incesto ou a bigamia. O termo casamento abrange, para muitos, o ato constitutivo e, também, a entidade ou instituição que dele se constitui.

Além da natureza jurídica e da definição de casamento, é importante destacar que o Código Civil de 2002 não estabeleceu uma idade máxima para a realização do casamento, mas fixou o limite de 16 anos para que uma pessoa possa contrair matrimônio conforme art. 1517, ressalvadas as exceções previstas no próprio diploma legal.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.
Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Cabe ainda destacar os principais efeitos advindos da celebração do casamento, que conforme Diniz (2010) podem ser de três classes: social, pessoal e patrimonial. A citada autora cita como consequências sociais a formação da família matrimonial, o estabelecimento de vínculos de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro além de emancipação do consorte menor de idade.

Farias e Rosenvald (2012) afirmam que um dos efeitos sociais mais importantes do casamento é a constituição da família, porém esta modalidade não se sobrepõe aos demais tipos que não seguem o mesmo rito. Citam ainda a

comunhão plena de vida, a atribuição do estado de casado e a presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância da união como efeitos sociais do casamento.

A segunda classe comporta os efeitos pessoais do matrimônio como os direitos e deveres dos cônjuges e destes em relação aos filhos. No art. 1.511 do CC/2002 é possível visualizar alguns desses direitos: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos (FILHO; GAGLIANO, 2014).

Gonçalves (2012) menciona ainda como efeito pessoal do matrimônio a possibilidade de qualquer dos cônjuges optarem por acrescentar ao seu nome o sobrenome do consorte, não implicando escolha na supressão do sobrenome original em virtude do princípio da estabilidade do nome. Neste sentido, dispõe o § 1º do art. 1.565 do Código Civil que “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.”.

O casamento gera ainda para os nubentes efeitos patrimoniais ou de terceira classe, consubstanciados pelas regras do regime de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento de entre os cônjuges e em relação aos filhos, no usufruto dos bens dos filhos enquanto perdurar o poder familiar e também com relação ao direito sucessório (RODRIGUES, 2012). Cabe esclarecer que neste trabalho, o aprofundamento do efeito patrimonial ficará restrito ao instituto do regime de bens, o qual tem implicação direta no estudo em comento.

Nessa esteira, Gonçalves (2012, p. 307) conceitua o regime de bens:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

Segundo Farias e Rosenvald (2012) a repercussão econômica desse instituto não se sobrepõe ao caráter afetivo-solidário do matrimônio e de outras relações familiares. Ao contrário, essas disposições patrimoniais devem estar em sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana e de seus valores existenciais. Além disso, o interesse econômico é subalterno e deve apenas servir de base para a construção dos laços familiares e da defesa dos seus fins morais.

Ainda sobre o instituto do regime de bens, a doutrinação pátria elenca vários

princípios que orientam a relação patrimonial entre os cônjuges e também destes em relação a terceiros. Entre os mais importantes estão o da liberdade de estipulação, a variabilidade de regimes, a mutabilidade justificada, a indivisibilidade e o da imediata vigência.

O princípio da livre estipulação vem expresso no art. 1639 do diploma civil e determina que os nubentes possam escolher livremente o regime de bens que regerá o matrimônio, em respeito à autonomia privada e a liberdade de escolha. Por consequência, o Estado não deve intervir coativamente nessa escolha, salvo quando existir relevante motivo de ordem pública definido em norma específica (FILHO; GAGLIANO, 2014).

Essa opção deverá ser feita, em regra, antes da celebração do casamento e através de um pacto antenupcial. Caso os nubentes não façam essa escolha, vigorará as regras do regime de comunhão parcial, conforme determina o art. 1.640 do Código Civil de 2002.

Quanto ao princípio da vigência imediata afirma Diniz (2010) que “nenhum regime matrimonial poderá iniciar-se em data anterior ou posterior à do ato nupcial, pois, “[...]”, por imposição legal, começa a vigorar a partir do dia das nupciais. Logo não poderá iniciar antes ou depois de contrair o matrimônio, nos termos do § 1º, do artigo 1639.

Em relação ao princípio da variabilidade de regimes, Farias e Rosenvald (2012) asseveram que deriva desse princípio as quatro modalidades de regime de bens previstas no Código Civil de 2002, podendo os nubentes escolher livremente uma delas, ressalvados o disposto no art. 1641 do mesmo diploma. São elas: a comunhão parcial com regulamentação nos artigos 1.658 a 1.666; comunhão universal (artigos 1.667 a 1671); participação final dos aquestos (artigos 1672 a 1686); e o de separação de bens (artigos 1687 a 1688).

Os mesmos autores também afirmam que além dos regimes estabelecidos em lei podem os nubentes estabelecer novos modelos “criando um regime de bens próprio e particularizado, como bem lhes aprouver.”. Contudo deverão fazê-lo por meio de um negócio jurídico específico e solene, denominado pacto antenupcial, via escritura pública com registro em cartório para que possa ter efeito em relação a terceiros.

O quarto princípio é o da indivisibilidade do regime do regime de bens entre os cônjuges, o qual vem de encontro com as disposições constitucionais de 1988 no

que tange a igualdade entre homens e mulheres. Sobre esse princípio, dispõe Tartuce (2014, p. 867):

Princípio da indivisibilidade do regime de bens. Apesar de ser possível juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é lícito fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, diante da isonomia constitucional entre marido e mulher.

O último princípio de relevância para o instituto do regime de bens é o da mutabilidade justificada, o qual não existia sob a égide do Código civilista de 1916. Somente após a publicação do novo Código Civil em 2002 passou-se a admitir, em qualquer tempo, a modificação do regime de bens, respeitados os limites legais, conforme expresso no § 2º, do art. 1639: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”.

Lobo (2011, p. 321), ao discorrer sobre a importância dessa mudança legislativa, afirma que:

A opção do legislador foi correta, a nosso ver, ainda que respeitáveis vozes alertem para os riscos, tanto em face do cônjuge desinformado quanto em relação a terceiros. No balanço de vantagens e desvantagens é melhor que a lei confie na autonomia e liberdade das pessoas, as quais, nas relações pessoais entre si e na privacidade da família, sabem o que é melhor para o regime de bens.

No tópico seguinte, serão analisadas as modalidades de regime de bens, com o intuito de se analisar as vantagens e desvantagens de cada deles e por fim constatar se há prejuízo na imposição do regime de separação obrigatória para os nubentes maiores de 70 anos.

1.3.2 Modalidades de regimes de bens

Em consonância com o princípio da variabilidade do regime de bens, o Código Civil de 2002 prevê quatro modalidades de regimes: o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da separação e o da participação final nos aquestos. Além desses regimes estipulados, podem os nubentes criar um regime misto com regras pertencentes a mais deles, por meio de pacto antenupcial (DINIZ, 2010).

O regime de comunhão parcial ou ilimitada de bens vem delimitado no art. 1.658 do Código Civil, prescrevendo que neste “comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, com as exceções dos artigos seguintes”. Assim, é da essência desse regime que os bens pertencentes aos cônjuges antes do casamento permaneçam como de sua propriedade exclusiva. Já aqueles adquiridos na constância do casamento formarão o patrimônio comum, ou seja, do marido e da esposa (PEREIRA, 2013).

Gonçalves (2012) afirma que esse regime também pode ser chamado de supletivo, pois na ausência de escolha pelos cônjuges ou diante da ineficácia de pacto antinupcial, vigorará as regras do regime de comunhão parcial.

O regime da comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou, se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art. 1.640, caput). Por essa razão, é chamado também de regime legal ou supletivo, como já mencionado. Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns. (GONÇALVES, 2012, p. 328).

Nesse regime, em regra se comunicam os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento e aqueles expressos no art. 1660 do Código Civil:

- I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

De outro norte, não se comunicam os bens que cada um dos cônjuges já possuía e aqueles, que mesmo adquiridos na constância da união, tiver causa anterior ao casamento. Além desses, o art. 1659 do Código Civil, traz um rol exemplificativo dos bens incomunicáveis.

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos

cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
 III - as obrigações anteriores ao casamento;
 IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
 V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
 VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
 VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Em contraponto ao regime de comunhão parcial, tem-se o regime de comunhão universal de bens, previsto no art. 1667, no qual se comunicam todos os bens do casal, atuais e futuros, ainda que adquiridos em nome de apenas um deles, além das dívidas contraídas após o casamento, salvo as exceções previstas em lei ou em pacto antinupcial (GONÇALVES, 2012).

Ensina Monteiro (2012) que nesse regime, independentemente da origem, todos os bens do casal - móveis ou imóveis - tornam-se uma só massa, um só acervo, sendo indivisível até a dissolução do casamento. Cada consorte tem direito a metade da massa, formando uma sociedade regida por normas especiais. Nesta, tudo que for trazido ou adquirido por um dos consortes será transmitido imediatamente para o outro e ainda que um deles nada tenha trazido ou adquirido após a união, receberá do outro cônjuge metade do que este trouxe ou adquiriu durante a vigência do casamento.

Apesar da comunicabilidade dos bens ser a regra nesse tipo de regime, o Código Civil de 2002 traz em seu art. 1.668 hipóteses incomunicabilidades que não se estendem aos frutos percebidos ou vencidos durante o casamento.

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:
 I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
 II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
 III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
 IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
 V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Cabe ainda destacar que o art. Art. 977 do Código Civil impõe uma restrição aos casais que adotarem o regime de comunhão universal de bens, nos seguintes termos: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.”.

O terceiro regime de bens a ser estudado é o da participação final nos aquestos, o qual prevê que durante o casamento serão aplicadas as regras do regime de separação convencional de bens e no término da união serão aplicadas as normas atinentes à comunhão parcial, comunicando-se os bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Conforme Gonçalves (2012), trata-se de um regime híbrido pactuado livremente entre as partes no qual cada cônjuge possui patrimônio próprio formado por aqueles bens que já lhe pertenciam antes do casamento e por aqueles adquiridos a qualquer título na constância da união, com direito a administrá-los com exclusividade. Assim, somente após a dissolução da união são apurados os aquestos e realizada a meação.

Os aquestos serão contabilizados com base no montante da data em que cessou a convivência excluindo-se da somatória os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a esses bens, conforme disposto no art. 1.674 do Código Civil de 2002.

No que tange a meação, Lobo (2011, p. 368) assevera que:

O direito à meação, no regime de participação final nos aquestos, não é direito subjetivo integralmente constituído, mas constituível. Sua natureza é a de direito expectativo, cujo aperfeiçoamento depende de evento futuro e incerto, a saber, a ocorrência de alguma das hipóteses legais de dissolução da sociedade conjugal (morte, anulação do casamento e divórcio). Ante tais características, não pode ser objeto de qualquer ato ou negócio jurídico de disposição (renúncia, cessão, penhora), enquanto perdurar a sociedade conjugal, ou na vigência desse regime matrimonial.

Filho e Gagliano (2014) ainda afirmam que apesar das similitudes do regime em comento com o regime de comunhão parcial, ambas não se confundem. Neste, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente por um ou ambos os cônjuges, ao passo que naquele somente os bens adquiridos onerosamente pelo casal. Além disso, ressalta que ambos os regimes possuem regras próprias disciplinadas pelo Código Civil 2002, não podendo um regime interferir no outro.

O quarto e último regime é o da separação de bens que pode ser convencional – disposto nos artigos 1.687 e 1688 do Código Civil – ou obrigatório com previsão no art. 1.641 do mesmo diploma, o qual será detalhado no próximo tópico.

O regime de separação convencional de bens é aquele em que cada cônjuge conserva, com exclusividade, a posse, o domínio e a administração dos seus bens presentes e futuros, além das responsabilidades pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Portanto, em regra, existem dois patrimônios bem distintos: o do marido e o da esposa (DINIZ, 2010).

Nesse sentido, ensina Gonçalves (2012, p. 342):

Quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada consorte conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como os que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial.

Apesar da premissa de incomunicabilidade, Filho e Gagliano (2014) admitem, em situações excepcionais, a possibilidade de um dos cônjuges ter direito a uma indenização ou até mesmo a divisão proporcional dos bens em que tenha colaborado diretamente para a aquisição, com fundamento no princípio proibitivo do enriquecimento sem causa.

Por fim, os mencionados autores trazem uma importante implicação da opção dos cônjuges por esse regime de bens no campo sucessório. Afirmam que o legislador cometeu uma incongruência ao dispor no art. 1.829, I do Código Civil que o cônjuge casado sob esse regime concorrerá na legítima com os demais herdeiros, pois não faz sentido que a incomunicabilidade dos bens em vida possa ser eliminada após a morte.

1.3.3 Regime de separação obrigatória de bens

Ao lado dos quatro regimes de bens que podem ser livremente escolhidos pelos nubentes, anteriormente expostos, a lei estabelece uma restrição ao princípio da livre escolha e impõe o regime de separação obrigatória de bens nas hipóteses taxativas previstas no art. 1.641 do Código Civil:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010);

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Lobo (2011) afirma que esse regime de bens “é tipicamente um ônus: a pessoa, incluída em alguma das três hipóteses legais, escolhe entre casar ou não casar; se prefere casar, deverá suportar o ônus do regime obrigatório de bens.”.

A primeira hipótese de imposição desse regime tem como destinatários as pessoas que se casarem sem observar as causas suspensivas para a celebração do casamento. Nestes casos, caso a parte contraia matrimônio, arcará com o ônus da imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Assim, conforme art. 1531 e incisos, não podem se casar e escolher outro regime de bens, enquanto perdurarem as causas suspensivas: a viúva ou o viúvo quer tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não for feito o inventário e realizada a partilha; a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez, até dez meses depois do início da viuvez ou da dissolução da união; o divorciado, enquanto não for homologada ou decidida a partilha pelo casal; o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto a tutela ou curatela não tiver cessado e não estiverem quitadas as respectivas contas.

Outra hipótese vem expressa no inciso terceiro e impõe a separação de bens para todas as pessoas que necessitem de autorização judicial para se casar, a exemplo dos menores de dezesseis anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito que não tiveram o consentimento dos pais. Essa limitação se mostra desarrazoada, pois o Estado por meio do Ministério Público e do magistrado velam pelo interesse do menor consentir com o casamento. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

A última hipótese de limitação está prevista no inciso segundo - objeto de estudo dessa monografia – e estabelece que as pessoas maiores de 70 anos que contraírem matrimônio ficarão submetidas ao regime de separação obrigatória. Cabe ressaltar que no Código Civil de 1916, em seu artigo 218, parágrafo único, esse limite de idade era de 50 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens e somente com a publicação do Código Civil de 2002 esse limite foi igualado entre homens e mulheres, passando para 60 anos. Quanto ao limite de 70 anos, este somente foi estabelecido no ano de 2010, por meio da Lei 12.344, que alterou a redação do art. 1641 do CC/2002.

Quanto às implicações patrimoniais, cabe esclarecer que esse regime obrigatório não necessita de pacto antenupcial e segue as mesmas regras atinentes à separação convencional de bens, no qual, em regra, todos os bens são incomunicáveis. Já as dívidas também não se comunicam, exceto se contraídas para o benefício da família. (MONTEIRO, 2012).

Outro aspecto importante acerca desse regime é o enunciado na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, o qual afirma que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Ainda segundo Monteiro (2012), essa súmula faz referências aos aquestos e deve ser aplicada com cautela e somente se comprovada o esforço de ambos os cônjuges para a aquisição dos bens.

2 PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme já disposto no primeiro capítulo, busca-se neste trabalho verificar a constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, o qual impõe às pessoas maiores de setentas anos a obrigatoriedade de se submeterem as regras do regime de separação legal de bens, caso decidam contrair matrimônio.

É com esse intuito que nos próximos itens será feita uma análise dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa relacionando-os com a imposição desse regime às pessoas septuagenárias. Nesse mesmo sentido, será analisado o instituto da incapacidade dentro do Direito Civil Brasileiro, visando verificar se aos setentas anos de idade um indivíduo torna-se relativamente ou absolutamente incapaz.

Por fim, antes da análise de cada um dos princípios mencionados é necessário conceituar o que são princípios e distingui-los das regras. Nessa esteira, ensina Robert Alexy (*apud* FILHO; GAGLIANO, 2014, p. 73):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A palavra igualdade é definida pelo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa como qualidade de igual, entre outros significados. Acerca dessa igualdade entre os seres humanos, Rui Barbosa proclamou que apesar de iguais na essência, as pessoas guardam particularidades que as diferenciam, razão pela qual devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas

desigualdades.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1997, p. 26).

Acerca do tratamento jurídico da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, assevera Moraes (2014) que a Constituição Federal adotou o princípio da igualdade de direitos, no qual todos os cidadãos têm igualdades de aptidão, ou seja, uma igualdade de possibilidades virtuais, razão pela qual devem ser tratados de maneira idêntica pela lei, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação. Afirma ainda que elementos discriminadores podem sim ser adotados, desde que estejam a serviço de um objetivo acolhido pelo direito que visa dar tratamento desigual aos casos desiguais.

Já Bulos (2014) afirma que o princípio da igualdade é uma regra de ouro no ordenamento e funciona como vetor interpretativo para todas as demais normas e tem como objetivos principais limitar a atuação do legislador, da autoridade pública e do particular.

Quanto à primeira limitação, o citado autor afirma que esse princípio impede o legislador de elaborar normas que promovam a desequiparação dos indivíduos de forma ilícita e contrária ao exposto na Constituição Federal. A segunda limitação proíbe que as autoridades públicas pratiquem ações discriminatórias e que os membros do judiciário profiram sentenças com resquícios de desigualdade. A última limitação é direcionada ao particular, o qual é proibido praticar atos discriminatórios, racistas e movidos de preconceito de qualquer natureza, já que uma vez praticados propicia sua responsabilização no âmbito civil e criminal.

Estabelecidas às regras gerais que balizam o princípio da igualdade, cabe ressaltar em que casos e em que condições a lei poderá sim escolher elementos discriminadores visando tratar igualar materialmente os desiguais. Segundo ensinamentos de Paulo e Alexandrino (2012), a Constituição Federal 1988 não veda que lei estabeleça tratamento diferenciado aos indivíduos que sejam distintos com relação à idade, o grupo social, ao sexo ou profissão, mas sim quando “o parâmetro

diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público”.

Mello (1993) assevera que com frequência a sociedade supõe que o princípio da igualdade é desrespeitado quando a lei elege certos fatores diferenciais existentes nas pessoas e que não poderiam ser escolhidos pra justificar o tratamento desigual, como por exemplo, a cor da pele, o sexo, a idade, a raça, e a religião. Contudo, afirma que esse pensamento é enganoso e descabido, pois, “qualquer elemento residente nas coisas pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço diferenciador escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”.

O mesmo autor afirma que para que o discrímem legal seja conveniente com a isonomia, é necessário que concorram os seguintes elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional – para o bem público. (MELLO, 1993 p. 41).

Tavares (2013) com base nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello traz a lume a fórmula lógico-jurídica do respeito à igualdade. Para esse constitucionalista deve haver uma correlação lógica entre o traço diferencial eleito e o tratamento desigual a ser dispensado, pois não se pode tratar de maneira diversa uma pessoa em razão de qualquer tipo diferença. Quanto ao critério diferenciador, afirma que este não deve ter como destinatário um único indivíduo no ato de edição da lei, ou seja, as características de uma única pessoa não poderão ser o fundamento de um regramento jurídico desigual.

Em continuidade, o mencionado autor pontua que nessa fórmula jurídica deve haver correlação entre o fator discriminatório e a disciplina a ser estabelecida neste caso, ou seja, o tratamento desigual deve atender as necessidades daquela desigualdade. Nesse sentido afirma que “um mesmo fator pode estar envolvido em um caso justo de discriminação e em violação ao princípio da isonomia, tudo em

função da relação entre esse fator verificado e o regime adotado”. (TAVARES, 2013, p. 461).

Tavares (2013) aponta ainda como último elemento dessa fórmula a relevância social do tratamento desigual dispensado a determinado grupo.

É preciso saber quando o *discrímen* é relevante, ou seja, quando determinada nota distintiva pode ser utilizada para distinguir juridicamente os homens. Essa aferição se faz a partir não apenas de regras lógicas, mas também dos valores constitucionalmente postos.

Por fim, cabe destacar que o princípio da igualdade opera em dois planos distintos, comumente definidos pela doutrina como igualdade formal e material, e quais serão abordados nos próximos tópicos.

2.1.2 Igualdade formal

A igualdade formal ou igualdade perante a lei deve ser compreendida como a isonomia em relação à lei vigente e daquela a ser elaborada, devendo ser interpretada como uma limitação ao legislador de impor qualquer tipo de privilégio. (FERREIRA, 1983).

Já segundo Bastos (2001, p. 7), essa vertente do princípio da igualdade consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional”.

Para Silva (2005), a essência do princípio da igualdade formal vem expressa no art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ao dispor que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Afirma ainda que essa concepção visa abolir os privilégios, regalias de classe e isenções pessoais além de criar aplicar a leis de maneira igualitária para todos, sem levar em consideração as distinções de grupo.

Ressalta ainda que na Constituição Federal de 1988, a igualdade formal pode ser vislumbrada em diversos artigos, como, por exemplo, no art. 5, *caput*, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e no art. 3, IV, o qual afirma que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,

sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (2005, p. 211).

2.1.1 Igualdade material

A igualdade material é também conhecida como igualdade substancial e segundo Bastos (2001, p. 5) consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”.

Nessa esteira Bulos (2014) assevera que a igualdade material é a própria concretização da isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática. Afirma ainda que a Constituição Federal Brasileira é farta de dispositivos que diluem essa vertente da igualdade, com o intuito máximo de efetivá-la.

Como exemplos, o mencionado autor cita a igualdade entre os sexos, disposta nos art. 5, I, o qual afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e a igualdade de idade, disposta no art. 7º, XXX, vedando a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, entre outros.

Nessa esteira, D’Oliveira (2010, p. 3) afirma que:

A igualdade material é um princípio programático, uma meta ou um objetivo a ser alcançado pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Necessita da edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre os indivíduos, mas também de atos concretos por parte do Poder Público e da mudança de posicionamento de toda a sociedade para que possamos chegar a plenitude do princípio.

A importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos.

Por fim, cabe ressaltar que é dentro desse contexto que se encontram as chamadas ações afirmativas, as quais “compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, grosso modo, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos”. (TAVARES, 2013, p. 610).

Bulos (2013) acrescenta que essas ações foram consagradas pelo próprio constituinte e busca dar aos menos favorecidos condições iguais àqueles que nunca sofreram quaisquer restrições no passado. Nesse grupo inclui os idosos, as mulheres, os pardos, os índios, os homossexuais e os deficientes físicos. Traz ainda

como exemplo de ação afirmativa a decisão do Supremo Tribunal Federal de estabelecer cotas raciais nas universidades públicas.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um dos filósofos que mais contribuíram para a delimitação do conceito de dignidade humana foi Emmanuel Kant, ao definir o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio ou instrumento de outrem. Para Kant (1986, p. 78):

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseia, o seu objecto seria sem valor.

Segundo esse filósofo, o Homem, por ter dignidade, deve ser respeitado acima de qualquer valor pecuniário, não podendo ser comparado a qualquer coisa que tenha preço. Em suas palavras “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. (KANT, 2007, p. 77).

Comparato (2010) também diferencia a dignidade da pessoa humana das coisas, ao afirmar que ela deve ser considerada e tratada como um fim em si mesmo, e nunca como um meio para atingir determinado objetivo. Ela resulta do fato de pela capacidade racional, somente a pessoa humana vive em condições de autonomia, podendo decidir sobre os rumos de sua vida e guiar-se pelas leis que ela próprio edita.

No ordenamento jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana é o princípio solar, e traduz um valor essencial de respeito a toda à existência humana, segundo as suas expectativas e possibilidades, tanto patrimonial como afetivas, indispensáveis para sua realização pessoal e pela busca da felicidade. Assim, busca assegurar o direito de viver plenamente, sem qualquer tipo de intervenção reducionista por parte do Estado, e não apenas assegurar a sobrevivência (FILHO; GAGLIANO, 2014).

É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 1º, III, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. Ao eleger esse princípio como valor fundamental, torna o indivíduo o fundamento e o fim da sociedade. Além disso, esse dispositivo indica “que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”. (BASTOS *apud*, TAVARES, 2012, p. 585).

Corroborando com esse entendimento Tavares (2012, p. 589) para o qual:

A dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.

Alexandrino e Paulo (2012) dispõem que ter o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro é de suma importância, pois deixa claro que o ordenamento jurídico e os projetos do Estado devem estar centrados no ser humano. Além disso, assevera que esse princípio funda-se no reconhecimento de duas posições jurídicas do indivíduo: em primeiro lugar deve ser vislumbrado como um direito individual em relação ao Estado e aos demais indivíduos; de outro lado, constitui o dever fundamental da pessoa ser tratada de forma igualitária pelos próprios semelhantes.

Nesse sentido, dispõe Sarlet (2007, p. 383) ao definir o conceito de dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Moraes (2014) a dignidade se constitui como um valor moral e espiritual inerente à pessoa, o qual se manifesta singularmente na autodeterminação

consciente e responsável da própria vida ao trazer consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Assim, somente de forma excepcional “podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade”. (MORAES, 2014, p. 18).

Quanto à efetividade, Filho e Gagliano (2014) afirmam que a dignidade humana somente é preservada quando o respeito à dimensão existencial do indivíduo é garantido, não apenas no campo pessoal, mas principalmente no âmbito das relações sociais. Dessa forma, esse princípio somente seria pleno e efetivo quando observado no seio das relações familiares.

Acerca da abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, Bulos (2014) assevera que ele agrega em torno de si uma gama de direitos e garantias fundamentais, consagrando um imperativo de justiça social e um espaço de integridade moral do ser humano. Já o seu conteúdo é amplo, envolvendo valores materiais, como renda, saúde e educação, e valores espirituais, como a liberdade de ser, pensar e criar. A dignidade reflete um conjunto de valores civilizatórios do patrimônio do homem, sem o qual este não existiria.

Bulos (2014, p. 508) elenca ainda três dimensões desse princípio:

1-) dimensão fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2-) dimensão orientadora – estabelece metas e finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a concessão daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional; e a 3ª) dimensão crítica – serve de critério para aferir a legitimidade da diversas manifestações legislativas.

As dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana também são estudadas por Sarlet (2007), porém com uma classificação diferente. A primeira é denominada de ontológica e define a dignidade como um dado prévio, ou seja, uma qualidade inerente ao ser humano sendo irrenunciável e inalienável pela própria condição humana, além de não poder ser concedida ou retirada, mas apenas reconhecida pela lei. Já na segunda dimensão chamada de comunicativa e relacional, a dignidade é posta em relação aos demais seres humanos, pleiteando que todos tenham direito a ter a mesmo tratamento no que tange a sua dignidade.

Por fim, a terceira dimensão abrange a dignidade humana como construção,

uma vez que se trata de um conceito aberto que não é fixo, pois busca atender o pluralismo e a diversidade de valores que foram uma sociedade. E a quarta e última dimensão informa que a dignidade é ao mesmo tempo um limite e uma tarefa, pois se manifesta por meio da ampla autonomia da pessoa humana bem como necessita de proteção por parte da comunidade e do Estado, sendo tarefa destes protegê-la e criar meios para sua máxima efetivação.

Outro importante aspecto atinente a esse princípio diz respeito a sua relação com todos os demais direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, os direitos das minorias, dos menores e dos idosos, ou seja, como base fundante destes. Segundo Sarlet (1998), os direitos fundamentais elencados na Constituição são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana e, ao menos em princípio, eles contêm, em menor ou maior grau, alguma projeção desse princípio.

Nesse diapasão Miranda (*apud*, Tavares, 2012, p. 594) estabelece que:

Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

É nessa esteira que Tavares (2012), aponta o direito à velhice como decorrência lógica do princípio da dignidade humana, tutelando a existência humana até o seu último dia. Afirma que esse direito foi reconhecido pela CF/1988, em seu art. 230, ao dispor que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O citado autor, ao comentar esse dispositivo constitucional, afirma que:

Ora, decorrência desse posicionamento constitucional está em que os direitos referidos aos idosos não são apenas aqueles indicados expressamente pela norma constitucional do art. 230. São todos aqueles que sejam imprescindíveis para garantir dignidade à vida daqueles que se encontrem na condição de “idosos”. Nessa perspectiva, o direito à velhice coloca-se como direito que há de tutelar-se desde o início da vida do indivíduo, pois, como muito bem alertou Paulo Roberto Barbosa Ramos, “a sociedade precisa oferecer esses benefícios desde o início da existência das pessoas, porque se assim não agir estará atentando contra o direito à vida destas, uma vez que se tivessem uma vida com dignidade, desde o princípio, teriam oportunidade de ter uma vida mais longa”. (TAVARES, 2012, p. 599).

2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade vem insculpido no art. 5, *caput* e inciso II, da Constituição Federal 1988, nos quais é assegurada a todos os brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, além de garantir de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Observam-se, esses dispositivos trazem vários desdobramentos do direito à liberdade, nas seara econômica, de expressão de pensamento, de ação profissional, de expressão coletiva e de ação individual.

Segundo Silva (2005, p. 233) a liberdade humana, no seu conceito mais abrangente, pode ser definida como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Complementa esse conceito afirmando que “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

O mencionado autor traz ainda a noção da liberdade-base, ou seja, a liberdade de ação, sendo esta o poder de atuar e decidir conforme sua própria vontade. Assim assevera Silva (2005, p. 236):

O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o *princípio da legalidade*, que, por ser uma garantia individual, merecerá consideração aprofundada mais adiante. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de *liberdade de ação*, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade e legalidade*. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só poderá sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima*.

Segundo Dias (2010), esse princípio é amplamente aplicado no âmbito do Direito de Família e reconhecido em diversas passagens da Constituição Federal, como, por exemplo, na liberdade para constituir uma família ou dissolver uma união e através livre planejamento familiar. Dispõe ainda, que o próprio Código Civil de 2002 traz diversos dispositivos que coadunam com ampla liberdade nas relações familiares, a exemplo da escolha do regime de bens pelos nubentes e de sua

posterior modificação pelos cônjuges, sendo que essa mudança não era permitida na vigência do Código anterior.

Lobo (2011) corrobora com esse entendimento, ao afirmar que o princípio da liberdade se refere ao livre poder de escolha e autonomia para constituir ou extinguir uma entidade familiar, sem qualquer tipo de restrição ou imposição externa da sociedade, de parentes ou do legislador. Além disso, a administração do patrimônio, o planejamento familiar, a definição do modelo de educação dos filhos e os valores culturais e religiosos a serem adotados, ficam a cargo da decisão da família.

Essa autonomia familiar e a intervenção mínima do Estado na sua formação e direção vêm sendo defendida pela maioria da Doutrina. Filho e Gagliano (2014) afirmam que embora muitas vezes as normas de direito de família tenham caráter público, não se deve admitir que o Estado interferisse nas estruturas familiares da mesma maneira como interfere nas relações contratuais.

Nesse sentido é o posicionamento de Pereira (2004, p. 112) ao afirmar que o Estado deve intervir o mínimo possível nas relações familiares.

O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal).

A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

Por fim, qualquer limitação no direito de liberdade na estrutura familiar não deve prosperar, haja vista que hoje a família não é mais regida por normas patrimoniais, mas sim pela afetividade que os une.

2.3 A INCAPACIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Para melhor compreensão da teoria das incapacidades, faz-se antes necessário definir o que é uma pessoa. Esta, segundo ensinamento de Farias e Rosendal (2011, p. 142) “é o sujeito das relações das jurídicas que traz consigo um

mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade)”.

Por consequência, os mesmos autores afirmam que toda pessoa tem personalidade, podendo ser titular de relações jurídicas e de exercer os direitos da cidadania. Após, define personalidade jurídica como um atributo reconhecido a uma pessoa natural ou jurídica para que esta possa atuar no âmbito jurídico e reclamar proteção jurídica mínima, reconhecida pelos direitos da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Ao lado da personalidade - que toda pessoa adquire ao nascer com vida -, tem-se a capacidade, sendo esta conceituada como a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e para outros é limitada. Ao nascerem, todas as pessoas possuem capacidade de direito ou gozo, também denominada de capacidade de aquisição de direitos, com previsão no art. 1º do Código Civil, o qual dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. (GONÇALVES, 2012, p. 107).

Acerca da capacidade de fato, conceitua Tartuce (2014) como aquela que permite que um indivíduo seja sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas possuem sem distinção. Em síntese, “em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos”. (TARTUCE, 2014, p. 75).

Porém como assevera Venosa (2013, p. 139), “nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. Essa assim chamada capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações”. Essa limitação leva em conta fatores eleitos pela legislação, como, por exemplo, aqueles referentes à idade e ao estado de saúde da pessoa.

Nesse diapasão, Diniz (2012, p. 168) afirma que a capacidade de fato por sofrer restrições, nos seguintes termos:

Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência mental). Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina “incapazes”. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Nessa esteira, vislumbra-se que a capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito e em capacidade de fato. Assim, aquele que possui ambas as modalidades tem capacidade plena para exercer todos os atos da vida civil. Dito de outra forma, “a plena capacidade jurídica, então, corresponde à efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Gonçalves (2012) dispõe ainda que a capacidade não se confunde com legitimação, pois esta se reveste na aptidão para praticar alguns atos jurídicos, sendo uma espécie de capacidade especial. A ausência de legitimação alcança indivíduos impedidos de praticar certos atos jurídicos, mesmo não sendo incapazes, como, por exemplo, a proibição imposta ao tutor de adquirir bens do tutelado (CC, art. 1.749, I) e a pessoa casada, exceto no regime de separação absoluta de bens, de alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge (art. 1.647).

Uma vez conceituada a capacidade, cabe agora explicar sobre a teoria da incapacidade, a qual deve ser encarada estritamente, pois o princípio a ser considerado adverte que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção. Além disso, como “toda incapacidade advém de lei, consequentemente não constituem incapacidade quaisquer limitações ao exercício dos direitos provenientes de ato jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*”. (DINIZ, 2012, p. 168).

Corroborando com esse entendimento, Gonçalves (2012, p. 120). ao afirmar que:

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

Já Farias e Rosenvald (2011) afirmam que a incapacidade é a regra no ordenamento e tem como característica principal a ausência da perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos, fazendo com que o incapaz necessite de uma série de medidas protetivas em seu favor. Além disso, asseveram que “toda a sistemática da interdição reclama interpretação restritiva, não sendo possível maximizar as hipóteses de incapacidade para atingir pessoas capacitadas [...]”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 297).

No que tange as espécies de incapacidade, o Código Civil prevê duas modalidades: a absoluta e a relativa. Nesse sentido, dispõe Gonçalves (2012) que a primeira espécie vem prevista no art. 3º e pode ser suprida através da representação, enquanto que a segunda tem previsão no art. 4º do mesmo diploma e suprida por meio da assistência.

Diniz (2012) afirma que a incapacidade será absoluta quando o incapaz for proibido totalmente de praticar o livre exercício do direito, e se assim o fizer, acarretará a nulidade do ato, conforme disposto no art. 166, I. Desta forma, apesar dos absolutamente incapazes terem direitos, estão impedidos de exercê-los direta ou pessoalmente, devendo ser representados.

Quanto à hipótese de incapacidade absoluta, dispõe o Art. 3º do Código Civil que apenas são considerados “absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos”.

De outro norte, a incapacidade relativa afeta aquelas pessoas que podem praticar pessoalmente os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega deste ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial. Caso essa norma seja violada o ato praticado poderá ser anulado, conforme art. 171, I, do Código Civil. (DINIZ, 2012).

Já as hipóteses de incapacidades relativas, estão expressas no art. 4º, do CC/2002, nos seguintes termos:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Por fim, considerando o caráter excepcional da incapacidade, para caracterizá-la, se faz necessário prova cabal de uma das hipóteses já elencadas, exceto quando aquela for determinada em virtude de critério etário, o qual pode ser facilmente demonstrado. Assim, caso a hipótese seja subjetiva, deverão os interessados propor uma ação judicial específica, visando que o juiz declare mediante sentença a causa geradora da incapacidade (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

3 ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CC/2002 NAS SEARAS DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

A norma prevista no art. 1641, II, do Código Civil de 2002, estabelecendo o regime de separação absoluta de bens para os casamentos realizados por pessoas maiores de 70 anos, é objeto de severas críticas não apenas pelos doutrinadores brasileiros, mas também pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

Nesse diapasão, nos próximos tópicos serão analisados os argumentos a favor e contrários a manutenção desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade precípua de verificar a sua constitucionalidade.

3.1 ÂMBITO LEGISLATIVO

A imposição do regime de separação legal de bens, em razão da idade de um dos pares, foi prevista inicialmente no Código Civil de 1916, em seu art. 258, parágrafo único, inciso II:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

[...]

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:

[...]

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

O dispositivo supramencionado estabelecia como limite etário para escolher o regime de bens, a idade de 50 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens, sendo fruto do tratamento discriminatório que era dispensado às mulheres à época, na qual apenas eram valorizadas por seus atributos de beleza e pelo seu potencial para serem “donas do lar”. Dessa forma, uma mulher maior de 50 anos não seria capaz de despertar o interesse de outro parceiro, porém o homem, sempre valorizado pela virilidade, somente perderia a capacidade de despertar um interesse feminino após os 60 anos. (DIAS, 2009).

Farias e Rosenvald (2011) também afirmam que o Código de 1916 era essencialmente patrimonialista e as pessoas eram tratadas em suas relações jurídicas como um sujeito de direitos patrimoniais. Assim, foi nesse contexto que o

art. 1641 foi elaborado pelo Legislador, visando proteger o patrimônio e não a felicidade conjugal.

Contudo, com o decorrer dos anos, esse dispositivo passou a ser criticado pela sociedade e o legislador, visando amenizar as críticas, acrescentou o art. 45, na Lei 6.515/1977, conhecida como “Lei do Divórcio”, com a seguinte redação:

Art. 45 - Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.

Esse dispositivo também não foi suficiente para reduzir as críticas direcionadas ao art. 258, II, pois apenas abrangia as pessoas que já vivessem em união estável por mais de 10 anos ou que já tivessem filhos e decidissem contrair matrimônio.

Já nos anos seguintes, os debates em torno de um novo Código Civil foram avançados e o Projeto de Lei Nº 634175 em seu art. 1.669, II, chegou a sugerir que fosse mantido o teor do art. 258, II do Código de 1916. (VELOSO, 1997). Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente instauração de uma nova ordem alinhada com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o projeto do novo Código Civilista teve que ser revisto.

Assim, em 2002, por meio da Lei 10. 406 foi publicado o novo Código Civil, o qual manteve a imposição do regime de bens mediante critério etário, porém estabeleceu a idade de 60 anos tanto para os homens como para as mulheres. Monteiro (2012) afirma que o Senador Josaphat Marinho justificou a manutenção desse dispositivo no atual Código Civil como forma de “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”.

Após a publicação do Código Civil de 2002, com a permanência da restrição aos sexagenários, - agora no art. 1641, II – novas críticas foram realizadas consubstanciando na apresentação de vários Projetos de Leis (PL) visando alterar o limite de 60 anos, entre eles: PL 4.944/2009 de autoria do Deputado Federal Osório Adriano pleiteando o aumento para 80 anos; o PL 6.594/2009 de autoria do Deputado Fernando Coruja sugerindo o limite de 70 anos; e o PL 108/2007 de autoria da Deputada Federal Solange Amaral, pleiteando o aumento da idade mínima para 70 anos.

Como resultado dessa movimentação legislativa, o Projeto de Lei 108/2007 foi aprovado e convertido na Lei 12.344/2010, alterando o art. 1641, II do Código Civil de 2002 e determinando a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento para as pessoas maiores de 70 anos. Segue abaixo um trecho da justificativa mencionada no PL 108/2007:

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos.

Apesar de ao longo dos anos o Poder Legislativo apenas ter realizado modificações no sentido de preservar essa limitação à liberdade de escolha do regime de bens por meio do aumento do limite etário, vários foram os projetos de leis apresentados no Congresso Nacional visando revogar esse dispositivo do Código Civil Brasileiro por estar em dissonância com a Constituição Federal.

Nesse sentido, destaca-se o PL 4.945/2005 de autoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, proposto ainda quando em vigor o limite de 60 anos e que atualmente encontra-se arquivado. O então Deputado pleiteou a revogação do art. 1641, II do CC/2002 justificando que este “é atentatório à dignidade humana dos mais velhos, que ficam impedidos de livremente escolher o regime de bens, ao se casarem, como punição pela renovação do amor”. Assevera ainda que tal imposição é incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV da Constituição Federal.

Também, atualmente arquivado, encontra-se o PL 209/2006, de autoria do Senador José Maranhão, no qual buscou a revogação do mencionado dispositivo afirmando que tal imposição constitui uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, além de ser discriminatória e ofensiva aos princípios da dignidade da

pessoa humana e da liberdade de constituir família. Arremata afirmando que as causas para a mudança de tal dispositivo possui sede eminentemente constitucional e a suposição que uma pessoa “por ter atingido determinada idade tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida, implica incorrer em patente discriminação, bem assim em ofensa ao princípio da dignidade humana”.

De outro norte, existem iniciativas legislativas que ainda encontram-se em fase de tramitação no Congresso Nacional, como, por exemplo, os Projetos de Lei 470 e 2285, ambos de 2007 e o PL 189/2015.

Nesse sentido, os dois primeiros projetos citados, sendo eles o Projeto de Lei 2.285/2007, de autoria do Deputado Federal Sérgio barradas carneiro e o Projeto de Lei 470/2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata, propõem a criação de um Estatuto das Famílias o qual terá como objetivo revogar os artigos referentes ao Direito de Família do Código Civil atual e assim criar um microssistema, semelhante ao direito consumerista. Nesse contexto, ambos os projetos são apoiados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e propõem a supressão do art. 1641, II, fundamentando que tal dispositivo tem caráter discriminatório além de atentatório à dignidade dos cônjuges.

Já o PL 189/2015, de autoria do Deputado Federal Cleber Verde, traz uma ampla fundamentação em prol da revogação do art. 1641, II, do CC/2002. Entre seus principais argumentos, destacam-se a ofensa ao princípio da liberdade, da autonomia de vontade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Assevera ainda que essa norma não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, pois, nas palavras do Deputado:

Atribuir ao idoso condição de incapaz, impedindo-o de estipular sobre o Regime de Bens que vigorará em seu casamento viola o princípio da isonomia, da liberdade e da autonomia privada. Discriminar as pessoas em razão da autonomia privada. Discriminar as pessoas em razão da idade ofende o princípio da igualdade. Deduzir que aqueles acima de sessenta anos não são mais alvo de amor verdadeiro atenta contra a dignidade da pessoa humana. A norma que padece de vício material de constitucionalidade termina por violar o princípio da razoabilidade. E, portanto, o artigo 1.641, em seu inciso II, não está em conformidade com uma hermenêutica voltada à eficácia dos direitos fundamentais, como é a hermenêutica contemporânea.

Conforme se depreende da exposição dos projetos de leis referidos, o Poder Legislativo se mostra favorável à revogação do art. 1641, II do Código Civil atual,

com fundamento na incompatibilidade com diversos dispositivos constitucionais, bem como com base na nova principiologia do Direito de Família, com a qual se mostra incompatível.

3.2 ÂMBITO DOUTRINÁRIO

A divergência quanto à constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 também está presente na seara doutrinária. Parte considerável dos doutrinadores afirma que esse comando é incompatível com a atual Constituição Federal e que essa norma não deveria ter sido recepcionada.

De outro norte, alguns doutrinadores tradicionais defendem a constitucionalidade dessa norma afirmando que a intenção do legislador foi proteger os idosos de casamentos interesseiros. A seguir serão expostos esses dois posicionamentos.

3.2.1 Posição majoritária

A previsão do art. 1.641, inciso II do atual código civil é, segundo Filho e Gagliano (2014), absurda e inconstitucional. Eles afirmam que não convence a justificativa do legislador de que a separação absoluta de bens imposta aos idosos visa protegê-los do famoso “golpe do baú”, ou seja, de casamentos interessados unicamente no patrimônio.

Os mesmos autores asseveram que esse dispositivo representa um desrespeito ao princípio da isonomia e estabelece uma forma de interdição parcial do idoso sem o devido processo de interdição – apesar da idade não ser, por si só, um causa de incapacidade. Por fim, concluem “pela completa inconstitucionalidade do dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal”. (FILHO; GAGLIANO, 2014).

Para Pereira (2013, p. 215) esse dispositivo é discriminatório é afronta princípios constitucionais importantes, conforme exposto abaixo:

[...] esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode

existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.

Chinelato (*apud* GONÇALVES, 2012), por sua vez, afirma que não há razão científica que justifique a restrição estabelecida pelo art. 1.641, inciso II, pois a plena capacidade mental deve ser verificada em cada caso concreto, não devendo legislador limitá-la com base em políticas fundadas na sociedade brasileira do início do século passado. Sugere a aludida doutrinadora que esse dispositivo seja declarado inconstitucional por afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e por ser ofensivo à pessoa do idoso.

No mesmo sentido, Diniz (2010) afirma que juridicamente não há razão para impor aos septuagenários o regime de separação obrigatória de bens, pois estes são plenamente capazes de exercer todos os atos da vida civil e possuem maturidade para decidir acerca do futuro de seus bens materiais. Além disso, a aludida doutrinadora assevera que a senilidade não é, por si só, uma causa de incapacidade.

A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato porque não pode ser considerada equivalente a um estado psicopático. Poderá haver interdição se a senectude originar um estado patológico, como a arteriosclerose, que afete a faculdade mental, retirando do idoso o necessário discernimento ou a clareza de razão para praticar atos negociais, em que a incapacidade absoluta resulta do estado psíquico e não da velhice (DINIZ, 2012, p. 176).

Já Dias (2010) assevera que esse dispositivo se constitui numa verdadeira sanção que desrespeita a vontade dos nubentes e afronta diretamente o Estatuto do Idoso. Afirma que o legislador limitou a capacidade dos idosos de forma aleatória e sem nenhum subsídio probatório, presumindo de forma absoluta a total incapacidade mental para que aqueles possam escolher o regime de bens que regerá seu casamento. Assim, mesmo que os nubentes provem seu amor um pelo outro, sua plena higidez mental e até mesmo a ausência de parentes para quem possam deixar os bens após a morte, ainda assim não poderão escolher o regime de bens.

A mesma autora afirma ainda que esse disposto afronta o princípio da isonomia, pois não estabelece tal imposição a união estável. Justifica esse posicionamento expondo que uma regra prejudicial não pode ser estendida a união estável sem expressa previsão legal. Assim, assevera que aos nubentes é mais

vantajoso estabelecer uma união informal, pois assim vigorará as regras da comunhão parcial de bens.

Lobo (2011) também comunga desse posicionamento ao afirmar que o regime de separação legal de bens é um ônus que as pessoas maiores de 70 anos devem suportar caso decidam contrair matrimônio. Para ele, essa previsão “é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”. (LOBO, 2011).

Por fim, vale destacar o entendimento de Farias e Rosenvald (2012) para os quais o art. 1.641, II, do CC/2002 é inconstitucional por ofender o princípio da dignidade da pessoa humana e reduzir a autonomia da pessoa idosa, além de constrangê-lo socialmente e pessoalmente, impondo uma restrição que a própria Constituição Federal não previu. Afirmam ainda que essa “norma se põe em rota de colisão com o movimento de *intervenção mínima do Estado nas relações de família* (também apelidado de *Direito de Família mínimo*), afrontando a autonomia privada”.

Assim concluem os aludidos doutrinadores:

Como se pode notar, ao impor a determinadas pessoas o casamento sob o regime de separação obrigatória (CC, art. 1.641), o legislador estabelece um verdadeiro efeito sancionatório, sob o frágil argumento de proteção de certos interesses matrimoniais. Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 333).

3.2.2 Posição minoritária

Apesar de atualmente o entendimento majoritário da doutrina seja pela inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002, ainda existem aqueles que defendem sua aplicação. Da mesma forma, alguns doutrinadores defendiam a constitucionalidade e a aplicação do regime de separação obrigatória de bens desde sua inclusão no Código Civil de 1916.

Nesta senda, Miranda (*apud* VELOSO, 1997) justificava a existência dessa restrição como forma de evitar e combater casamentos interesseiros, contraídos por mulheres em idade vulnerável ou por homens com crise afetiva. Dessa forma, o legislador excluiu todos os bens da comunhão e estabeleceu o regime de separação

obrigatória de bens, inicialmente afetando os homens maiores de 60 anos e as mulheres acima de 50 anos e após a publicação do Código Civil de 2002 os nubentes acima de 70 anos.

Veloso (1997), ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, defendia a aplicação e a permanência no novo Código Civil do regime de separação legal para as pessoas maiores de 50 ou 60 anos. Assim dispôs o aludido doutrinador:

De nossa parte, advogamos, para o tema, uma solução intermediária. Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, **devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse.** [...] Achamos, porém, que a regra protetiva - o casamento sob o regime imperativo da separação - deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por "golpe do baú". Mas, ao contrário do que prevê o Projeto de Código Civil, o regime de separação de tais casamentos deve ser com a comunhão de aqüestos. [grifo nosso]. (VELOSO, 1997, p. 32).

Por fim, cabe destacar o posicionamento de Monteiro (2012) para o qual a aplicabilidade obrigatória do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas que se casem após os setentas anos não afronta o princípio da liberdade. Como justificativa, o aludido doutrinador afirma que esse princípio não é absoluto e encontra limites no próprio ordenamento jurídico. Além disso, salienta que “não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares”.

3 ÂMBITO JURISPRUDENCIAL

Além da manifestação do Poder Legislativo e da maioria da doutrina pela inconstitucionalidade do art. 1641, II, do CC/2002, também se manifesta nesse mesmo sentido o Poder Judiciário através de suas decisões no caso concreto. Cabe ressaltar que essa visão no campo jurisprudencial teve início ainda sob a égide do CC/2016, quando o legislador criou o regime de separação obrigatória de bens.

Nesse sentido, uma das primeiras intervenções do Poder Judiciário visando minimizar os efeitos da separação obrigatória de bens - na época art. 258, parágrafo único, II – foi por meio da edição da Súmula 377 do STF, publicada no dia 08 de maio de 1964, segundo a qual “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Assim, os aquestos, bens adquirido na constância do casamento, seriam bens comunicáveis.

Contudo, Pereira (2013) afirma que em torno da Súmula 377 foi instalado um longo debate sobre a necessidade da prova de esforço comum dos cônjuges na aquisição dos bens para que estes fossem divididos. Afirma o mencionado autor que inicialmente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou pela exigência da prova do esforço mútuo. Já ano de 2003 esse entendimento foi superado no sentido de reconhecer o entendimento predominante nos tribunais brasileiros, ou seja, presumindo o esforço conjunto dos cônjuges na aquisição dos bens na constância do casamento.

Tal entendimento pode ser vislumbrado através do acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

STJ - REsp: 736627 PR 2005/0041830-1

Data de Publicação: DJ 01/08/2006

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE.

As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte **assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.** (<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1>). [grifo nosso]

Acerca da Súmula 377, Filho e Gagliano (2014) asseveram que o STF visou evitar o enriquecimento sem causa por parte do marido ou da mulher, permitindo assim que os bens amealhados pelo esforço comum do casal pudessem ser comunicados. Afirmam ainda que a aplicação desse enunciado não transforma o regime de separação em regime de comunhão de bens, uma vez que este possui

regras próprias inaplicáveis ao primeiro. Além disso, continua afirmando que um ponto de intersecção não torna os regimes idênticos.

Em relação, à revogação do art. 1641, II, do CC/2002, o Conselho da Justiça Federal (CJF) já se manifestou nesse sentido, por meio da edição do enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil realizada no ano de 2002, com a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses³.

Nesse diapasão, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Tribunais brasileiros quando provocados a analisar no caso concreto a incidência do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas mais velhas, chegaram a decidir que essa norma não havia sido recepcionada pela atual Constituição.

A decisão mais conhecida que corrobora com esse entendimento foi proferida pelo então Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Antonio Cesar Peluso, no julgamento da Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, da 2.ª Câmara de Direito Privado no dia 18.08.1998. Veja-se um trecho da ementa desse julgamento:

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (**substantive due process of law**), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. (<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?jsessionid=BCE983D62296070905510C9366B4984B.cjsg2?cdAcordao=1224658&cdForo=&v1Captcha=nDJB>R).

³ Conselho da Justiça Federal. Enunciado Nº 125 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

O então Des. Antonio César Peluso justifica seu voto afirmando que o art. 258, § único, II, do Código Civil de 1916 refletia valores sociais de outra época e não foi recepcionado pela CF/1988. Afirmar ainda que é incompatível com o valor da dignidade da pessoa humana “à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes, para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.

Posteriormente a publicação do Código Civil de 2002, que manteve essa norma em vigor no ordenamento brasileiro, agora no art. 1641, II, verificou-se através de uma ampla pesquisa que foram proferidos vários julgados pelos Tribunais Estaduais do país reconhecendo a inconstitucionalidade incidental desse dispositivo.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu a inconstitucionalidade desse dispositivo em vários julgados, dentre os quais se destaca o Julgamento da Apelação Cível Nº 70004348769, tendo como relatora a então Desembargadora Maria Berenice Dias e ainda versando sobre o limite etário de 60 anos.

TJ-RS – Apelação Nº 70004348769 (TJ-RS)

Data de publicação: 27/08/2003

Ementa: ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. **A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.** Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7lh1qc1E4SYJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70004348769.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>) [grifo nosso]

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também manifestou esse entendimento ao julgar Apelação Cível AC 575350 SC 2011.057535-0. Nessa oportunidade o relator do acórdão Luiz Fernando Boller fundamentou sua decisão afirmando que “a disposição legal que limita, pois, a liberdade de escolha do regime de bens do nubente maior de setenta anos de idade, além de revelar-se

discriminatória [...], também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. [...]”.
Segue abaixo a exposição da ementa desse julgamento:

TJ-SC - Apelação Cível AC 575350 SC 2011.057535-0 (TJ-SC)
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - [...] - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - **INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - **TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL** - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - **NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO CC/1916, QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS** - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-SC - AC: 575350 SC 2011.057535-0, Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 01/12/2011, Quarta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível nº , de Criciúma) [grifo nosso]

Nesta senda, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, tendo como relator o Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho, declarou a inconstitucionalidade do art. 1641, II, do CC/2002.

TJ-ES – Incidente de Inconstitucionalidade Nº 2010107802 (TJ-ES)
Data de publicação: 01/12/2010
Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À

SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - **O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil.**(TJ-SE - IIN: 2010107802 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/11/2010, TRIBUNAL PLENO) [grifo nosso]

Da mesma forma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, recentemente reconheceu a inconstitucionalidade dessa norma – a época art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916 -, tendo o Relator Des. José Antonino Baía Borges afirmado em seu voto que esse dispositivo é inconstitucional por atentar contra os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, se depreende da leitura da ementa abaixo transcrita.

TJ-MG – Arguição de Inconstitucionalidade Nº 10702096497335002 (TJ-MG)
Data de publicação: 21/03/2014
Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - **É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana.** (TJ-MG - ARG: 10702096497335002 MG, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014) [grifo nosso]

Conforme se observa pela leitura das ementas acima transcritas, os Tribunais brasileiros, em parte, quando provocados a decidir conflitos envolvendo o regime de separação obrigatória de bens, tanto na égide do antigo como do novo Código Civil como no atual estão proferindo decisões favoráveis à declaração inconstitucionalidade dessa norma. Da mesma forma tem se manifestado a doutrina majoritária e o Poder Legislativo, conforme já exposto nos itens anteriores.

Conclui-se a partir dos fundamentos expostos e, especificadamente, pelas razões trazidas a baila por doutrinadores da área do Direito de Família, por Desembargadores através de suas decisões em casos concretos e pela manifestação do Poder Legislativo que art. 1641, II, padece de vício de inconstitucionalidade material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso buscou analisar a constitucionalidade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que os casamentos contraídos por pessoas maiores de setenta anos serão obrigatoriamente submetidos ao regime de separação legal de bens, excepcionando, dessa forma, o princípio da livre escolha do regime de bens.

Para tanto, no primeiro capítulo foi realizado um breve estudo do destinatário dessa norma, ou seja, o idoso maior de setenta anos. Demonstrou-se, através de pesquisas e dados estatísticos que as pessoas maiores de setenta anos representam uma parcela significativa da população brasileira, não apenas pela quantidade, mas também pela sua atuação crescente na sociedade. Da mesma forma, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística foram expostos os quais comprovam que a expectativa de vida do brasileiro é superior a setenta anos de idade, com perspectiva de aumento nas próximas décadas.

Ainda neste capítulo, foram analisados os direitos dos idosos no ordenamento jurídico brasileiro e constatado que as normas assegurando direitos a esses indivíduos tardaram a serem implantadas no Brasil, somente se concretizando com a promulgação da Constituição da Federal de 1988 e mais adiante com a publicação do Estatuto do Idoso. Esses dois diplomas legais estabeleceram um conjunto de normas protetivas para a pessoa idosa, protegendo-os de qualquer forma de discriminação e ao mesmo tempo assegurando todos os direitos já consagrados aos demais cidadãos.

Esses instrumentos visavam em última análise resgatar o respeito pela pessoa idosa e protegê-la de todas as formas de discriminações injustas pautadas unicamente nas características peculiares dessa fase da vida humana.

Já na última parte desse primeiro capítulo foi estudado o instituto do casamento e as regras atinentes ao regime de bens que rege todo o patrimônio do casal. Essa exposição se fez necessária para que fossem expostas as características peculiares de cada regime e demonstrados as desvantagens que o regime de separação legal de bens pode trazer aos cônjuges septuagenários quando são impossibilitados de escolher outro regime.

Nesse sentido, foi mencionada a existência de divergência quanto à possibilidade de doação de bens entre os cônjuges casados no regime de separação obrigatória de bens. Parte da doutrina e da jurisprudência considera que mesmo não havendo vedação expressa pelo atual Código Civil, não é possível que os cônjuges realizem o ato de doação por pacto antenupcial ou após o casamento. Isso decorre da interpretação do próprio sistema do direito de família como um todo, pois caso contrário, a previsão legislativa de separação total de bens seria facilmente burlada.

Da mesma forma, foi trazida à baila a discussão em torno do enunciado da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, o qual prevê a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, quando submetidos ao regime de separação legal de bens. Parte da doutrina e da jurisprudência afirma que esse dispositivo teve como fundamento artigos do Código Civil de 1916 os quais não foram reproduzidos no atual Código Civil de 2002 e, portanto, essa comunicabilidade de bens não deve ser aplicada às uniões submetidas ao regime de separação legal.

Por fim, foram mencionados os efeitos sucessórios do regime de separação absoluta de bens. Nessa seara, o cônjuge sobrevivente apenas terá direito a parte integral da legítima, caso não existam descendentes ou ascendentes do cônjuge falecido. Ou seja, falecendo um dos nubentes, de imediato, o cônjuge sobrevivente não terá direito a meação e tampouco a herança.

A par dessas considerações, no segundo capítulo foram estudados o conceito e as principais características dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, todos assegurados no texto constitucional vigente. Buscou-se analisar a abrangência desses princípios como parâmetros para a análise dos argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do regime de separação legal de bens imposto aos nubentes maiores de setenta anos.

O primeiro parâmetro abordado foi o princípio da igualdade, entendido como a qualidade de igual entre os seres humanos. Nessa análise foi exposto o

posicionamento de diversos doutrinadores que afirmam que todos os cidadãos possuem igualdade de aptidões e por esse motivo devem ser tratados da mesma forma, consubstanciando a ideia de igualdade formal. Contudo haverá casos concretos em que o legislador elegerá um fator discriminante para igualar os desiguais, concretizando a igualdade material.

Já o segundo parâmetro estudado foi o princípio da dignidade da pessoa humana que se perfaz na ideia de que deve ser assegurado a todo indivíduo o direito de viver plenamente e ser protegido contra qualquer tipo de intervenção estatal reducionista. Demonstrou-se que a dignidade é uma característica inata do ser humano, sendo um mínimo existencial que não pode ser violado e que o direito à velhice decorre desse princípio. Por fim, o direito a liberdade foi eleito como terceiro parâmetro e exposto como um poder que o ser humano possui de eleger os meios necessários e adequados para a busca de sua felicidade, principalmente no que tange ao ambiente familiar.

Ainda no segundo capítulo, as hipóteses de incapacidade previstas no Direito Civil foram analisadas, ocasião em que se demonstrou que aquelas são previsões taxativas eleitas pelo legislador e que não podem ser ampliadas aleatoriamente, uma vez que são normas restritivas de direitos. Já a senilidade, por si só, não é considerada uma hipótese de incapacidade, razão pela qual a limitação da liberdade de uma pessoa idosa somente poderá ser feita por meio de um rigoroso processo de interdição.

No terceiro capítulo foi realizada a exposição de vários posicionamentos que defendem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002 em três âmbitos: Poder Judiciário, Poder Legislativo e principalmente pelos doutrinadores civilistas brasileiros.

Os fundamentos daqueles que defendem a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, ao qual são submetidas às pessoas maiores de setenta anos, repousaram inicialmente sobre uma presunção de vulnerabilidade do nubente acima de um determinado patamar etário, o qual poderia facilmente ser vítima de “uniões interessadas”. Outro argumento exposto pauta-se na relatividade do princípio da liberdade que pode ser limitado para proteger a pessoa idosa.

De outro norte foram expostos os argumentos favoráveis declaração de inconstitucionalidade do artigo 1641, II, com fundamento na afronta aos princípios basilares previstos na Constituição Federal Brasileira, ou seja, a liberdade de ser e

de agir; a igualdade entre os indivíduos – independentemente da faixa etária; e ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o qual impede qualquer forma de diminuição do indivíduo, pelo simples fato de ser Humano.

Assim, verificou-se, por meio do entendimento majoritário nos três âmbitos analisados, que o regime de separação obrigatória de bens impostos aos casamentos formados por pessoas maiores de setenta anos é inconstitucional, pois afronta o texto constitucional ao discriminar de forma negativa a pessoa idosa, em razão da idade. Além disso, desrespeita a igualdade formal ao estabelecer tratamento diferenciado para indivíduos iguais sem necessidade de discriminação no que se refere à idade.

Na mesma esteira, esse dispositivo é inconstitucional por limitar a liberdade pessoal do ser humano, no que tange a escolha do regime de bens que regerá sua união matrimonial. Essa intervenção Estatal é considerada abusiva, pois adentra no âmbito privado das relações pessoais sem um motivo social relevante que justifique essa ação, restringindo indevidamente o princípio constitucional de liberdade assegurado pela Constituição Federal.

Por fim, o regime de separação absoluta de bens que afeta os septuagenários é inconstitucional por desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa violação é constatada pela presunção de incapacidade que o legislador estabeleceu para as pessoas maiores de setenta anos, ao proibir que estes escolham livremente seu regime de bens em razão da idade, sem respaldo, científico, moral ou social.

Por todos os fundamentos expostos, conclui-se pela inconstitucionalidade material do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, o qual deve ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando que os nubentes septuagenários possam escolher livremente o regime de bens que norteará os aspectos patrimoniais do casamento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2012.

ALVARENGA, Maria Amália De Figueiredo Pereira; WITZEL, Ana Claudia Paes. **Breves considerações sobre a proteção do idoso no âmbito da família**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 7, p. 49-65, 2013. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/212/150>>. Acesso em 07 jan. 2016.

BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo em um Brasil mais velho**. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado Nº 125 da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=%201296>>. Acesso em 06 jan. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei 108 de 2007**. Altera o inciso II do Art. 1.641 da Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=434685&filename=PL+108/2007>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei 189 de 2005**. Revogar o inciso II, do art. 1.641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>>. Acesso em 21 dez. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei 209 de 2006**. Revoga o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir às pessoas maiores de sessenta anos a livre decisão sobre o regime de bens no casamento. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78350>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei 407 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei 2.285 de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL+2285/2007>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei 4.945 de 2005**. Altera e revoga dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges e dá outras providências correlatas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=288150&filename=PL+4945/2005>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 736627 PR 2005/0041830-1. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 11 abril 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Arguição de inconstitucionalidade**. 0702096497335002. Relator José Antonino Baía Borges. Oóção Especial. 21 mar. 2014. Disponível em: <

<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível**. 575350. 2011.057535-0. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator Luiz Fernando Boller. Criciúma 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível**. 2.^a Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Antonio César Peluso. 18 agost. 1998. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=BCE983D62296070905510C9366B4984B.cjsg2?cdAcordao=1224658&cdForo=&vI_Captcha=nDJbR>. Acesso em: 7 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Incidente de inconstitucionalidade**. 2010107802. Tribunal Pleno. Relator Des. Osório De Araujo Ramos Filho, Sergipe 17 nov. 2010. Disponível em: <<http://tjse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**. Sétima Câmara Cível. Des. Relatora Marua Berenice Dias. 27 agost. 2003. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7lh1qc1E4SYJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70004348769.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. A legislação brasileira e o idoso. **Centro de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação: CESUC**, Minas Gerais, Nº 21, p. 36-46, 2009. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.

D' OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do princípio da isonomia. **Revista Processus**, Águas Claras, DF, ano 1, ed. 1, p. 22-31, jan./mar. 2010. Disponível em: < <http://www.institutoprocessus.com.br/2012/?p=214> >. Acesso em: 7 dez. 2015.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Direitos da pessoa idosa**: sociedade, política e legislação. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Cidadãos na Carta Cidadã, v.5, out. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada> >. Acesso em: 07 jan. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

GIACOMETTI, Dennis. Longevidade: a perspectiva da longevidade e o impacto na sociedade. **Zhuo Consultoria e Giacometti Comunicação**. Disponível em: <<http://www.bandab.com.br/jornalismo/pesquisa-revela-que-14-dos-brasileiros-com-mais-de-70-anos-continuam-trabalhando/> >. Acesso em: 04 dez. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.

IGUALDADE. In: **Dicionário Aurélio**. Disponível em: <<http://dicionariodoaurelio.com/igualdade>>. Acesso em 15 dez. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 42. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. 2v.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OTTONI, Máximo Alessandro Mendes. **A trajetória das políticas públicas de amparo ao idoso no Brasil**. Montes Claros: Universidade Estadual De Montes Claros, 2012. Disponível em: < <http://www.ppgds.unimontes.br/index.php/component/edocman/?view=document&id=97&tmpl=component&Itemid=0> >. Acesso em: 7 dez. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 21. ed. Atualizado por Tânia da Silva pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 5v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 22. ed. Atualizado por Tânia da Silva pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 5v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **RBDC. Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: < http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf >. Acesso em: 06 jan. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Zeno. **Regime matrimoniais de bens**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf >. Acesso em: 06 jan. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1v.

OBRAS CONSULTADAS

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: < <http://teen.ibge.gov.br/mao-na-roda/idosos>>. Acesso em 11 dez. 2015.

LOBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.